

Zaak C-443/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

5 juli 2022

Verwijzende rechter:

Varhoven administrativen sad (Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 juni 2022

Verzoeker tot cassatie:

Zamestnik ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa „INTERREG V-A Rumania – Bulgaria 2014-2020”

Verweerster in cassatie:

Obshtina Balchik

Voorwerp van het hoofdgeding

Bestrijding van het besluit van de Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa „INTERREG V-A Romania-Bulgaria 2014-2020“ (viceminister voor regionale ontwikkeling en openbare werken en hoofd van de nationale autoriteit voor het programma „INTERREG V-A Roemenië-Bulgarije 2014-2020”) waarbij in het nadeel van de Obshtina Balchik (gemeente Balchik) een financiële correctie is vastgesteld ten belope van 25 % van de met middelen van de Europese structuur- en investeringsfondsen (ESIF) gedekte subsidiabele kosten die voortvloeiden uit de tussen de gemeente en „Infra Expert“ AD, Sofia, gesloten overeenkomst tot plaatsing van een overheidsopdracht met een waarde van 1 245 532,25 leva (BGN) die betrekking had op de „vernieuwing van de promenade van de stad Balchik tussen het Darzhaven kulturen institut – kulturen tsentar „Dvoretso” (nationaal cultuurinstituut – cultuurcentrum „paleis”) en het Kulturno-turisticheski

informaties tsehtar „Melnitsata” (cultuur- en toeristeninformatiecentrum „molen”)” (hierna: „vernieuwing van de promenade”).

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verzoek krachtens artikel 267 VWEU tot uitlegging van artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), en van overweging 109 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG

Prejudiciële vragen

- 1) Staat artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 een nationale regeling of een praktijk met betrekking tot de uitlegging en toepassing van deze regeling toe op grond waarvan slechts kan worden aangenomen dat er sprake is van een schending van de regels inzake een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht wanneer de partijen een schriftelijke overeenkomst dan wel een addendum tot wijziging van de opdracht hebben ondertekend?
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, staat artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 dan een nationale regeling of een praktijk met betrekking tot de uitlegging en toepassing van deze regeling toe op grond waarvan een onrechtmatige wijziging van een overheidsopdracht niet slechts kan plaatsvinden ten gevolge van een door de partijen ondertekende schriftelijke overeenkomst, maar ook ten gevolge van gezamenlijke handelingen van de partijen die in strijd zijn met de regels inzake de wijziging van opdrachten en die tot uitdrukking komen in de communicatie alsook de schriftelijke sporen daarvan (zoals de handelingen in het hoofddeding), uit welke handelingen blijkt dat er wilsovereenstemming bestond om de overheidsopdracht te wijzigen?
- 3) Strekt het begrip „zorgvuldige voorbereiding van de [...] gunning” in de zin van overweging 109 van richtlijn 2014/24, in het onderdeel dat de termijn voor de uitvoering van de werkzaamheden betreft, zich mede uit tot de beoordeling van de uit normale weersomstandigheden voortvloeiende risico's die de tijdige uitvoering van de opdracht zouden kunnen bemoeilijken, alsmede tot de beoordeling van wettelijke verboden die betrekking hebben op de uitvoering van de werkzaamheden in een bepaalde periode die binnen de periode van uitvoering van de opdracht valt?
- 4) Strekt het begrip „onvoorzienbare omstandigheden” in de zin van richtlijn 2014/24 zich enkel uit tot omstandigheden die na het plaatsen van de opdracht zijn ontstaan [zoals in de nationale bepaling van § 2, punt 27, van de Dopalnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki (aanvullende bepalingen bij de wet betreffende het plaatsen van

- overheidsopdrachten)] en die ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding niet konden worden voorzien, noch te wijten zijn aan enig handelen of nalaten van de partijen, maar die het onmogelijk maken om de opdracht volgens de overeengekomen voorwaarden uit te voeren? Of vereist de richtlijn niet dat deze omstandigheden zijn ontstaan na de gunning van de opdracht?
- 5) Vormen normale weersomstandigheden, die geen „onvoorzienbare omstandigheden” in de zin van overweging 109 van richtlijn 2014/24 zijn, alsmede het vóór de gunning van de opdracht afgekondigde verbod om in een bepaalde periode bouwwerkzaamheden uit te voeren, een objectieve rechtvaardiging voor de niet-tijdige uitvoering van de opdracht? Is een inschrijver in dit verband (met de vereiste zorgvuldigheid en te goeder trouw handelend) verplicht om bij de berekening van de aangeboden termijn de normale risico's in aanmerking te nemen die relevant zijn voor de tijdige uitvoering van de opdracht?
- 6) Staat artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 een nationale regeling of een praktijk met betrekking tot de uitlegging en toepassing van deze regeling toe op grond waarvan er sprake kan zijn van een onrechtmatige wijziging van een overheidsopdracht in een geval als in het hoofdgeding, waarin de termijn voor de uitvoering van de opdracht binnen bepaalde grenzen een voorwaarde voor de deelname aan de aanbestedingsprocedure is (en de inschrijver wordt uitgesloten als hij niet binnen deze grenzen blijft), de opdracht niet tijdig is uitgevoerd ten gevolge van normale weersomstandigheden en een wettelijk verbod op werkzaamheden dat vóór de gunning van de opdracht is afgekondigd, welke beide omstandigheden onder het voorwerp en binnen de termijn van de opdracht vallen en geen onvoorzienbare omstandigheden vormen, de werken zijn opgeleverd zonder dat bezwaren met betrekking tot de termijn zijn geuit en geen contractuele boete wegens vertraging is opgelegd, zodat alles bij elkaar een wezenlijke voorwaarde uit de aanbestedingsstukken is gewijzigd die beslissend is geweest voor de mededingingssituatie, en het economische evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer is verschoven?

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen en rechtspraak

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), alsmede overweging 109

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Zakon za obshtestvenite porachki (wet betreffende overheidsopdrachten; hierna: „ZOP”), artikel 2, lid 1, punten 1 en 2, en lid 2, artikel 107, artikel 116, lid 1, punten 2, 3 en 7, juncto artikel 116, lid 5, punten 1 en 2

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (wet betreffende het beheer van middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen; hierna: „ZUSESIF”), artikel 70, lid 1, punt 9, en lid 2, en artikel 73, lid 1, § 2, punt 27, van de der Dopalnitelni razporedbi (aanvullende bepalingen)

Zakon za zadalzheniata i dogovorite (wet betreffende verbintenissen en overeenkomsten; hierna: „ZZD”), artikel 20a.

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (besluit inzake de vaststelling van onregelmatigheden die een reden vormen om financiële correcties door te voeren, alsmede inzake de percentages aan de hand waarvan de hoogte van de financiële correctie moet worden bepaald overeenkomstig de procedure van de wet betreffende het beheer van middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen; hierna: „besluit inzake de vaststelling van onregelmatigheden”), punt 23 van bijlage 1

Zakon za ustroystvoto na Chernomorskoto kraybrezhie (wet betreffende de ruimtelijke ordening van de Zwarte-Zeekust), artikel 15, lid 1

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 De gemeente Balchik is op grond van een overeenkomst over subsidiëring uit het Europese Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) begunstigde van het programma INTERREG V-A – Roemenië-Bulgarije voor grensoverschrijdende samenwerking. Voorwerp van de overeenkomst is de terbeschikkingstelling van middelen uit dit fonds voor de uitvoering van ROBG-422 „Synergie van natuur en cultuur – potentieel voor de ontwikkeling van de grensregio”.
- 2 Met het oog op de uitvoering van de met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen (ESIF) gefinancierde maatregelen heeft de gemeente Balchik als aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure uitgeschreven met als voorwerp de „vernieuwing van de promenade”.
- 3 De geraamde waarde van de opdracht voor de bouwdiensten bedraagt 1 245 532,25 BGN exclusief btw. Er zijn twee inschrijvingen ingediend.

- 4 In de aanbestedingsdocumenten staat in de rubriek „Termijn voor de uitvoering van de opdracht” te lezen dat de opdracht binnen een termijn van 45 tot 90 kalenderdagen moet worden uitgevoerd en dat deze termijn loopt vanaf de datum waarop proces-verbaal is opgemaakt van de opening van de bouwplaats en waarop de bouwlijn en het bouwpeil zijn vastgesteld en eindigt met de ondertekening van de rechtshandeling overeenkomstig formulier 15. Voorts wordt aldaar vermeld dat inschrijvers die een termijn voor de uitvoering van de bouw- en montagewerkzaamheden aanbieden die korter is dan de door de aanbestedende dienst vastgelegde minimale termijn of langer is dan de maximale termijn, uitgesloten worden van deelname aan de procedure, omdat hun aanbod niet strookt met de vooraf bekendgemaakte voorwaarden van de opdracht (artikel 107, punt 1, ZOP).
- 5 De opdracht is in het kader van een „openbare prijsvraag” geplaatst. De inschrijfster „Infra Expert” AD bood voor de uitvoering van de bouw- en montagewerkzaamheden een termijn van 45 kalenderdagen aan. In haar technische inschrijving gaf de opdrachtnemer aan dat zij bij de planning van de werkfasen rekening had gehouden met eventuele kritieke punten, de weersomstandigheden, de specifieke kenmerken van het soort werkzaamheden en de termijnen voor de uitvoering daarvan. Er is een lineaire planning ingediend, waarin het technische verloop van de uitvoering van de opdracht was vermeld en de bouwdiensten waren opgesomd.
- 6 Bij besluit van 11 maart 2019 betreffende de aanwijzing van een opdrachtnemer keurde de burgemeester van de gemeente Balchik de hem voorgelegde verslagen van het werk van de commissie goed en verklaarde hij dat de inschrijfster „Infra Expert” AD op de eerste plaats was geëindigd met een aangeboden prijs van 1 245 532,35 BGN exclusief btw en 1 494 638,70 BGN inclusief btw en een termijn voor de uitvoering van de bouw- en montagewerkzaamheden van 45 kalenderdagen vanaf de datum van vastlegging van de bouwlijn en het bouwpeil.
- 7 De termijn voor de uitvoering van de overheidsopdracht bedroeg 45 kalenderdagen, maar in feite duurde het 250 dagen totdat het voorwerp van de opdracht tot stand was gebracht. De gemeente voert aan dat er objectieve redenen waren om deze termijn op te schorten. Zij heeft een rapport van het Natsionalen institut po meteorologia i hidrologia (nationaal instituut voor meteorologie en hydrologie), locatie Varna, over de meteorologische situatie in de periode van 18 november 2019 tot en met 30 januari 2020 overgelegd. Volgens de gemeente zijn de bouwwerkzaamheden opgeschort omdat de weersomstandigheden ongunstig waren en omdat bij artikel 15, lid 1, van de wet betreffende de ruimtelijke ordening van de Zwarte-Zeekust voor de periode van 15 mei tot en met 1 oktober een verbod was ingevoerd op de uitvoering van bouw- en montagewerkzaamheden in de nationale badplaatsen aan de kust van de Zwarte Zee.
- 8 Op 28 februari 2020 is bij besluit vastgesteld dat de bouwwerken gereed waren voor oplevering (formulier 15), waarbij werd verklaard dat de opdrachtnemer

aan al haar verplichtingen had voldaan, zonder dat aandacht werd besteed aan het feit dat de uitvoering van de bouwwerkzaamheden langer had geduurd dan was vastgelegd in de aankondiging van de opdracht (maximale termijn van 90 dagen), de overgelegde technische inschrijving (45 kalenderdagen) en de overeenkomst over de overheidsopdracht. De aanbestedende dienst heeft geen contractuele boete wegens te late uitvoering opgelegd.

- 9 In een definitief controlerapport van het Ministerstvo na regionalno razvitiye i blagoustroystvo (ministerie voor regionale ontwikkeling en openbare werken) is vermeld dat een schending van de regels werd vermoed, die als onregelmatigheid in de zin van punt 23, onder a), van bijlage 1 bij artikel 2, lid 1, van het besluit inzake de vaststelling van onregelmatigheden werd aangemerkt en die zou bestaan in de onrechtmatige wijziging van de overheidsopdracht in het onderdeel dat de uitvoeringstermijn betrof.
- 10 In het kader van deze controle stelde het hoofd van de nationale autoriteit de begunstigde ervan in kennis dat een onregelmatigheid werd vermoed en dat een procedure in gang werd gezet om een financiële correctie vast te stellen, waarbij hij haar overeenkomstig artikel 73, lid 2, ZUESIF in de gelegenheid stelde om schriftelijk haar standpunt kenbaar te maken over de gegrondheid van het vermoeden en over de hoogte van de financiële correctie, alsmede om eventuele bewijsstukken over te leggen.
- 11 Na een beoordeling van de feiten werd deze procedure op 26 oktober 2020 afgesloten met een besluit waarbij het hoofd van de nationale autoriteit een financiële correctie in het nadeel van de gemeente Balchik vaststelde ten belope van 25 % van de met middelen van de Europese structuur- en investeringsfondsen (ESIF) gedekte subsidiabele kosten die voortvloeiden uit de tussen de gemeente en „Infra Expert“ AG, Sofia, gesloten overeenkomst tot plaatsing van overheidsopdracht nr. 229 van 19 april 2019, die betrekking had op de „vernieuwing van de promenade“.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 12 Ter motivering van het standpunt dat artikel 116, lid 1, punt 3, juncto artikel 116, lid 5, punten 1 en 2, ZOP is geschonden, heeft het hoofd van de nationale autoriteit het volgende aangevoerd:
- 13 De minimale en maximale duur van de uitvoeringstermijn (45 tot 90 dagen) was in de aanbestedingsstukken vastgelegd, waarbij was bepaald dat inschrijvers die een termijn buiten deze tolerantiegrenzen aanboden, moesten worden uitgesloten. Die termijn is beslissend geweest voor de mededingingssituatie voor deelname aan de aanbesteding. Zowel de aanbestedende dienst als inschrijfter had bij de berekening van de voor de uitvoering van het voorwerp van de opdracht benodigde tijd rekening moeten houden met alle voorzienbare en dus relevante omstandigheden. In het onderhavige geval heeft de daadwerkelijke uitvoering 250 dagen geduurd, terwijl de contractuele verplichting bestond om de opdracht

binnen 45 kalenderdagen uit te voeren, en zijn besluiten vastgesteld over de opschorting van de bouwwerkzaamheden.

- 14 Als een van de redenen om de bouwwerkzaamheden op te schorten is aangevoerd dat de weersomstandigheden ongunstig waren. De autoriteit heeft deze aangemerkt als omstandigheden die normaal waren voor de tijd van het jaar en waarmee elke ervaren opdrachtnemer bij de berekening van de aangeboden uitvoeringstermijn rekening had kunnen houden. De andere reden bestond in de start van het toeristenseizoen en het in artikel 15, lid 1, van de wet betreffende de ruimtelijke ordening van de Zwarte-Zeekust neergelegde verbod op de uitvoering van bouw- en montagewerkzaamheden in de nationale badplaatsen aan de kust van de Zwarte Zee in de periode van 15 mei tot en met 1 oktober. Dit was door de wetgever vóór de datum van de overheidsopdracht aangekondigd en vormde geen onvoorzienbare omstandigheid. Derhalve had daarmee rekening moeten worden gehouden bij de berekening van de uitvoeringstermijn.
- 15 In de technische inschrijving voor de uitvoering van de opdracht van „Infra Expert” AD was een uitvoeringstermijn van 45 dagen vermeld en was een lineaire planning van het technische verloop van de werkzaamheden aangegeven. Gelet op het vereiste van zorgvuldigheid en in het kader van een zorgvuldige voorbereiding had de inschrijfster rekening moeten houden met het wettelijke verbod en met de voor de tijd van het jaar normale ongunstige weersomstandigheden, en had zij deze factoren bij de berekening van de uitvoeringstermijn in aanmerking moeten nemen.
- 16 Op grond van de vaststelling dat de uitvoeringstermijn in de aanbestedingsdocumenten was vastgelegd op een wijze en met begrenzingen waarvan de niet-inachtneming leidde tot uitsluiting van de betrokken inschrijver (artikel 107, punt 1, ZOP), dat deze termijn beslissend was voor de mededingingssituatie, dat de gekozen inschrijfster een minimale uitvoeringstermijn van 45 dagen had aangeboden, en dat de bouwwerkzaamheden meermaals zijn opgeschort wegens vastgestelde normale ongunstige weersomstandigheden en wettelijke verboden die niet buiten de reikwijdte van de vereiste zorgvuldigheid en van de voorbereiding van haar beoordeling (buiten de in artikel 116, lid 1, punt 3, ZOP bedoelde gevallen) vielen, kwam de nationale autoriteit tot de slotsom dat er al bij al daadwerkelijk een onrechtmatige wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht had plaatsgevonden.
- 17 De werkelijke bouwtijd van 250 dagen overschreed de overeengekomen termijn met 205 dagen. In de technische inschrijving heeft de opdrachtnemster uiteengezet dat in de planning van de werkfasen rekening was gehouden met eventuele kritieke punten, de weersomstandigheden en de specifieke kenmerken van het soort werkzaamheden, waaruit volgt dat zij zich bewust was van de risico's van ongunstige weersomstandigheden in de periode waarin de opdracht moest worden uitgevoerd. De wettelijke verboden waren eenieder bekend. De ongunstige weersomstandigheden kunnen niet worden aangemerkt als

onvoorzienbare omstandigheden in de zin van § 2, punt 27, van de aanvullende bepalingen bij de ZOP.

- 18 Concluderend werd vastgesteld dat er sprake was van een wezenlijke wijziging van de opdracht als bedoeld in artikel 116, lid 5, punten 1 en 2, ZOP, omdat de in de aanbestedingsdocumenten vermelde termijn beslissend was geweest voor de mededingings situatie en omdat een langere uitvoeringstermijn gevolgen zou hebben gehad voor de resultaten van de selectie. Indien een inschrijver een uitvoeringstermijn had aangeboden die overeenkwam met de daadwerkelijke uitvoeringsperiode, zou hij van deelneming zijn uitgesloten (artikel 107, punt 1, ZOP).
- 19 Het besluit van de nationale autoriteit om een financiële correctie vast te stellen werd aangevochten bij de Administrativen sad – Dobrich (bestuursrechter in eerste aanleg Dobrich, Bulgarije), die de bestreden bestuurshandeling nietig verklaarde wegens materiële onrechtmatigheid.
- 20 De rechter in eerste aanleg nam aan dat artikel 120 ZOP volgens de bewoordingen ervan voorschrijft dat de bepalingen van het Targovski zakon (handelswetboek; hierna: „TZ”) en de ZZD van toepassing zijn op alle niet-geregelde kwesties in verband met de plaatsing, uitvoering en beëindiging van overheidsopdrachten. Volgens hem zijn overeenkomstig artikel 288 TZ op niet in het TZ geregelde kwesties met betrekking tot handelstransacties de bepalingen van het burgerlijk recht van toepassing. Op grond van artikel 20a ZZD kunnen overeenkomsten uitsluitend worden gewijzigd met instemming van de partijen of in de gevallen waarin de wet voorziet, waarbij gelet op artikel 112, lid 1, ZOP opdrachtwijzigingen uitsluitend rechtsgeldig zijn wanneer zij in een schriftelijke overeenkomst worden vastgelegd. De administratieve autoriteit heeft bijgevolg haar besluit in strijd met het materiële recht vastgesteld door ervan uit te gaan dat de in het geding zijnde opdracht stilzwijgend is gewijzigd.
- 21 Formeel gesproken is de opdrachtnemer haar verplichtingen niet naar behoren – namelijk niet tijdig – nagekomen. Dit vormt echter geen wijziging van de opdracht, maar een juridisch relevante omstandigheid die de begunstigde het recht geeft om de overeengekomen contractuele boete op te leggen die uitdrukkelijk en vooraf in de inhoud van de opdracht is opgenomen. In casu gaat het dus niet om een wijziging van de opdracht, maar om een onbehoorlijke uitvoering ervan. Er bestaan echter wezenlijke verschillen tussen een wijziging van de opdracht en een onbehoorlijke uitvoering ervan, waarbij voor een onbehoorlijke uitvoering is voorzien in een contractuele boete.
- 22 De administratieve autoriteit is er ten onrechte van uitgegaan dat bij de berekening van de uitvoeringstermijn alle mogelijke redenen voor de opschorting van en de vertraging bij de bouwwerkzaamheden – waaronder de ongunstige weersomstandigheden in de winter en de wettelijke verboden – in aanmerking hadden moeten worden genomen. De redenen voor de opschorting van de

bouwwerkzaamheden en het antwoord op de vraag of de partijen deze redenen hadden kunnen voorzien, zijn juridisch niet relevant.

- 23 Het hoofd van de nationale autoriteit heeft bij de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije) beroep in cassatie ingesteld tegen het vonnis van de Administrativen sad – Dobrich waarbij de in het nadeel van de gemeente Balchik vastgestelde financiële correctie nietig was verklaard.
- 24 Ten gronde houdt verzoeker tot cassatie nog steeds vast aan de opvatting die hij in de motivering van de door hem vastgestelde bestuurshandeling heeft uiteengezet, en hij voegt daaraan toe dat het begrip „overmacht” ziet op een toevallige gebeurtenis en zich niet uitstrekt tot de risicofactoren in het kader van de normale activiteiten van de opdrachtneemster. De opdrachtneemster had, indien zij de opdracht goed had voorbereid, de natuurlijke, seizoensgebonden ongunstige weersomstandigheden als normale risico's in aanmerking moeten nemen bij de berekening van de uitvoeringstermijn. Dat zij dit heeft nagelaten en dat de opdracht vervolgens niet tijdig daadwerkelijk is uitgevoerd, wijst op een subjectieve en niet op een objectieve onmogelijkheid om de opdracht uit te voeren.
- 25 Volgens verweerster in cassatie zijn de ongunstige weersomstandigheden geen voorwerp van de overeenkomstig formulier 10 vastgestelde rechtshandelingen. De wetgever schrijft niet voor dat de vaststelling ervan wordt gemotiveerd. De bouwwerkzaamheden worden hervat nadat een rechtshandeling overeenkomstig formulier 11 is vastgesteld, en niet omdat de redenen voor de opschorting ervan waren weggefallen. De rechtshandelingen overeenkomstig de formulieren 10 en 11 worden vastgesteld in geval van wilsovereenstemming door zakenpartners die over en weer prestaties uitwisselen.
- 26 Voorts betoogt zij dat er slechts sprake kan zijn van een rechtsgeldige wijziging van de overheidsopdracht indien tussen de partijen een schriftelijke overeenkomst is gesloten over de wijziging ervan.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 27 Bij de Varhoven administrativen sad is een geding aanhangig waarvan de oplossing verband houdt met de uitlegging en toepassing van de regels van de Unie, met inachtneming van het beginsel van de voorrang van het Unierecht boven het nationale recht in geval van strijdigheid. Een extra argument voor de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is dat het – voor zover het geding betrekking heeft op de rechtmatige besteding van ESIF-middelen – over de begroting van de Unie gaat.
- 28 De nationale rechtspraak over de uitlegging van artikel 116, lid 1, punt 7, juncto artikel 116, lid 5, punten 1 en 2, ZOP – waarbij artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 is omgezet – is niet uniform. Bovendien bestaat twijfel over de juistheid van de omzetting van het deel van de richtlijn dat

de „onvoorzienbare omstandigheden” betreft, en is in de praktijk de vraag gerezen of bij de vaststelling van de uitvoeringstermijn rekening moet worden gehouden met de voorzienbare risico’s voor de uitvoering van de opdracht. De volgende geschilpunten zijn gerezen.

- 29 Een van de geschilpunten is of ook van een onrechtmatige wijziging van de overheidsopdracht kan worden uitgegaan wanneer de partijen geen schriftelijke overeenkomst tot wijziging van de opdracht hebben gesloten, maar er schriftelijke sporen van andere vormen van communicatie tussen hen zijn waaruit kan worden afgeleid dat wezenlijke voorwaarden van de opdracht zijn gewijzigd.
- 30 Het klopt dat een overheidsopdracht in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 wordt gedefinieerd als een schriftelijke overeenkomst. Om de opdracht rechtsgeldig te kunnen wijzigen, is vereist dat de partijen schriftelijk overeenkomen de bedingen van de overeenkomst te wijzigen. Het is evenwel tevens juist dat in artikel 2, lid 1, punt 18, van richtlijn 2014/24 elk uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, gereproduceerd en vervolgens meegedeeld, met inbegrip van informatie die via elektronische middelen wordt overgebracht en opgeslagen, als „schriftelijk” wordt aangemerkt. Volgens overweging 58 van richtlijn 2014/24 moeten essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure zoals de aanbestedingsstukken, verzoeken tot deelname, blijken van belangstelling en inschrijvingen weliswaar altijd schriftelijk worden ingediend, maar moeten mondelinge communicatie met de ondernemers mogelijk blijven, mits de inhoud ervan voldoende gedocumenteerd wordt. De vastgestelde afwijkende uitlegging van voormelde bepalingen van afgeleid Unierecht door de nationale rechter doet twijfel rijzen over de betekenis ervan.
- 31 Volgens de ene in de rechtspraak van de Varhoven administrativen sad (bijvoorbeeld arrest nr. 6755/2020 van de Varhoven administrativen sad) verdedigde opvatting mag de wil van de partijen bij een overheidsopdracht niet enkel aan de hand van de inhoud ervan worden uitgelegd, maar dienen ook de omstandigheden, verklaringen en gedragingen van de partijen te worden geanalyseerd. Een wijziging van de overeenkomst in strijd met artikel 116, lid 1, ZOP kan niet alleen worden aangenomen ingeval de partijen een rechtsgeldige schriftelijke overeenkomst hebben gesloten. Bij de beoordeling of er sprake is van een onrechtmatige wijziging van de opdracht, moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden, daaronder begrepen de verklaringen en het gedrag van de partijen bij de uitvoering van de opdracht.
- 32 Als de opdracht niet tijdig wordt uitgevoerd, levert dit objectief een wezenlijke wijziging van de opdracht op voor zover daardoor bij gebreke van relevante objectieve redenen een wezenlijke voorwaarde wordt gewijzigd die is opgenomen in de aanbestedingsdocumenten, de inschrijving van de gekozen inschrijver en de met hem gesloten overeenkomst, en voor zover de aanbestedende dienst geen contractuele boete wegens onbehoorlijke uitvoering oplegt maar het resultaat aanvaardt zonder bezwaren te uiten. De uit de aanbestedingsdocumenten voortvloeiende termijn is beslissend geweest voor de mededingingsituatie, en door

deze wijziging zijn voorwaarden mogelijk geworden die ook de belangstelling van andere inschrijvers zouden hebben gewekt en die het evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer verschuiven.

- 33 Tegenover deze zienswijze staat de tegenovergestelde opvatting (zie bijvoorbeeld het arrest van de Varhoven administrativen sad in bestuursrechtelijke zaak nr. 7911/2020) dat slechts sprake is van een wijziging van een opdracht ingeval de partijen in een schriftelijke overeenkomst hebben vastgelegd dat zij een bepaald beding van de overeenkomst wijzigen. Dat geen contractuele boete wegens vertraging is opgelegd, kan niet als wijziging van de opdracht worden aangemerkt. Indien moet worden aangenomen dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de te late uitvoering van de overheidsopdracht, geldt dit niet als wijziging van de opdracht, maar als onbehoorlijke uitvoering van de opdracht door de opdrachtnemer. Geen enkele rechtsregel stelt een te late uitvoering waarbij het contractuele recht op schadevergoeding wegens vertraging niet is uitgeoefend, gelijk met een „wijziging van de opdracht”.
- 34 Tevens moeten de begrippen „zorgvuldige voorbereiding van de [...] gunning”, „onvoorzienbare omstandigheden” en „omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien” in de zin van richtlijn 2014/24 worden verduidelijkt.
- 35 Om de hierboven uiteengezette redenen is de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder e), juncto lid 4, onder a) en b), van richtlijn 2014/24 en artikel 72, lid 1, onder c), juncto overweging 109 van richtlijn 2014/24, alsmede van begrippen als „onvoorzienbare omstandigheden”, „zorgvuldige voorbereiding van de [...] gunning” en „omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien” noodzakelijk om in het hoofdgeding tot de juiste oplossing te komen.
- 36 Overweging 109 van richtlijn 2014/24 omschrijft het begrip „onvoorzienbare omstandigheden” als omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst.
- 37 De nationale wet betreffende overheidsopdrachten, de ZOP, definieert het begrip „onvoorzienbare omstandigheden” als omstandigheden die na het plaatsen van de opdracht zijn ontstaan, die ook bij betrachting van de vereiste zorgvuldigheid niet konden worden voorzien, noch te wijten zijn aan enig handelen of nalaten van de partijen, maar die het onmogelijk maken om de opdracht volgens de overeengekomen voorwaarden uit te voeren.
- 38 De nationale wetgever heeft in artikel 116, lid 1, punten 2 en 3, ZOP voorzien in de mogelijkheid om een overheidsopdracht rechtmatig te wijzigen, waarbij punt 2 ziet op onvoorzienbare omstandigheden die extra leveringen, diensten of bouwdiensten vereisen die niet in de oorspronkelijke overheidsopdracht waren opgenomen, en punt 3 betrekking heeft op omstandigheden die de aanbestedende dienst ook bij betrachting van de vereiste zorgvuldigheid niet had kunnen

voorzien en waardoor een wijziging noodzakelijk is die evenwel het voorwerp van de opdracht of van de raamovereenkomst niet wijzigt.

- 39 Twijfels rijzen eveneens over de juistheid van de omzetting van de richtlijn in nationaal recht wat betreft de definitie van „onvoorzienbare omstandigheden”.
- 40 Voorts is voor de beslechting van de zaak van belang of in een geval als in het hoofdgeding – waarin in de aanbestedingsdocumenten als oorspronkelijke voorwaarde was vastgelegd dat de uitvoeringstermijn binnen bepaalde grenzen diende te blijven, en inschrijvers die niet aan deze voorwaarde voldeden werden uitgesloten – de bepalingen van richtlijn 2014/24 enige flexibiliteit toestaan met betrekking tot na de gunning van de opdracht doorgevoerde wijzigingen in de vorm van de verlenging van de uitvoeringstermijn door de vaststelling van rechtshandelingen waarbij die termijn tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden wordt opgeschort om redenen die geen onvoorzienbare omstandigheden zijn, maar voor de tijd van het jaar normale ongunstige weersomstandigheden en wettelijke verboden die de partijen bij de overeenkomst, indien zij de vereiste zorgvuldigheid hadden betracht, bij de sluiting van de overeenkomst zouden hebben kunnen vaststellen of voorzien. Om van een onrechtmatige wijziging van een opdracht te kunnen spreken, is een gemeenschappelijk optreden van de partijen vereist.
- 41 Vormen de voor de tijd van het jaar normale weersomstandigheden die van invloed zijn op de uitvoering van de opdracht, alsmede de wettelijke verboden op werkzaamheden die onder het voorwerp van de opdracht vallen, risico's die de partijen bij de overeenkomst zouden hebben kunnen voorzien als zij de opdracht normaal zorgvuldig hadden voorbereid en zij de vereiste zorgvuldigheid hadden betracht alvorens de overeenkomst te sluiten?
- 42 De rechtsprekende formatie die uitspraak dient te doen over de zaak, gaat ervan uit dat richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing is op het bij de nationale rechter aanhangige geding, omdat de waarde van de overheidsopdracht in kwestie onder de drempelwaarden van die richtlijn ligt. Daartegenover staat dat artikel 116 ZOP de omzetting van artikel 72 van richtlijn 2014/24 vormt en dat de uitlegging noodzakelijk is met het oog op de uniforme toepassing van het recht in de lidstaten van de Europese Unie.
- 43 Om de hierboven uiteengezette redenen legt de Varhoven administrativen sad het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing met de geformuleerde vragen ambtshalve voor.